

Bundesministerium für
Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1010 Wien

per E-Mail: wettbewerbspolitik@bmdw.gv.at

ZI. 13/1 21/145

2021-0.222.516

BG, mit dem das Bundesgesetz vom 29. Juni 1977 zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert wird; RL (EU) 2019/633; UTP

**Referent: Frau Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber, Rechtsanwältin in Wien
Frau Mag. Andrea Zinober, Rechtsanwältin in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

VORBEMERKUNG

Die gegenständliche Stellungnahme beschränkt sich auf einige wesentliche Punkte, die nach Ansicht des ÖRAK Beachtung verdienen. Die Umsetzung der RL (EU) 2019/633 in Österreich im Nahversorgungsgesetz („NVG“) ist aufgrund der thematischen Nähe des Richtlinieninhalts zum Gegenstand des NVG zu begrüßen.

Aus kartellrechtlicher Sicht sei zudem vorangestellt, dass die RL (EU) 2019/633 ebenso wie die korrespondierende Umsetzung im NVG letztlich zwar an der Schnittstelle zum Kartellrecht steht, das für das Kartellrecht prägende (dynamische) Wettbewerbsverständnis allerdings teleologisch nicht im Vordergrund steht. Vielmehr wird in erster Linie dem Schutzbedürfnis der marktschwächeren Unternehmen entsprochen, wobei – und das sei als Kritikpunkt bzw Wunsch zur weitergehenden Klarstellung in der Novelle bereits an dieser Stelle angemerkt – nach wie vor unklar bleibt, welcher Gefährdungsmaßstab dabei letztlich angesetzt wird. Im Besonderen gilt



das auch für die partielle Einführung des Marktbeherrschungsbegriffs durch die Novelle (dazu später im Detail).

Zu § 5a „Gegenstand und Anwendungsbereich“

§ 5a (2) regelt den Anwendungsbereich der RL (EU) 2019/633 (bzw der korrespondierenden Umsetzungsbestimmungen) in Österreich. Erfasst werden Handelspraktiken iZm dem Verkauf von Agrar- und Lebensmittelerzeugnissen durch Lieferanten an Käufer, wobei beide Seiten bestimmte Umsatzschwellen erreichen oder überschreiten müssen. Das Anknüpfen an Umsatzschwellen ist ein bekannter wettbewerbsrechtlicher Maßstab und durch die RL entsprechend vorgegeben. Nach den Erläuterungen (145/ME 27. GP 2) war Ausgangspunkt der Schwellenwerte in der RL (EU) 2019/633 das Konzept der relativen Marktmacht, was im Gesetzestext allerdings nicht zum Ausdruck kommt.

Zu § 5g „Verfahren vor der Ermittlungsbehörde“

§ 5g regelt das Verfahren vor der Ermittlungsbehörde, beginnend in Abs 1 mit den Beschwerdemöglichkeiten von in Österreich, als auch in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassenen Lieferanten. Dies jedoch, ohne die Ermittlungsbehörde zu benennen. Erst in weiterer Folge, nämlich in § 7 Abs 2b wird Folgendes normiert: „Ermittlungsbehörde im Sinne des 2. Abschnitts ist die Bundeswettbewerbsbehörde“. § 7 selbst ist nicht betitelt, er gehört zu den „Verfahrensvorschriften und sonstigen Bestimmungen“ mit denen der 3. Abschnitt betitelt ist. Diese Überschrift lässt vorderhand nicht den Schluss zu, neben Verfahrensvorschriften auch Zuständigkeiten zu regeln. Die erstmalige Benennung der mit wesentlichen Aufgaben betrauten Ermittlungsbehörde in § 5g könnte nach Ansicht des ÖRAK durch einen einfachen Verweis in § 5g Abs 1 „Beschwerden **bei der Ermittlungsbehörde gemäß § 7 Abs. 2b**“ ergänzt werden, um dadurch beim Gesetzesanwender rechtzeitig Klarheit über die Behördenzuständigkeit zu schaffen. Dass als Ermittlungsbehörde gem § 7 Abs 2b die Bundeswettbewerbsbehörde eingesetzt wird, ist aus Sicht des ÖRAK systemkonform und zu begrüßen.

Gemäß § 5g Abs 4 wurde entsprechend dem Text in der RL (EU) 2019/633 nur vorgesehen, dass die Ermittlungsbehörde dem Beschwerdeführer „innerhalb einer angemessenen Frist“ bekannt zu geben hat, ob sie Ermittlungen einleitet. Hier wäre zur besseren Planbarkeit aus Sicht der Praxis die Angabe eines Zeitraumes, bis zu dem diese Verständigung zu erfolgen hat, wünschenswert.

Kritisch zu bewerten ist der lediglich teilweise Verweis auf die sinngemäße Anwendung des WettbG auf das Verfahren der Ermittlungsbehörde (vgl § 5g Abs 6). Ein weiterführender Verweis auf die Ermittlungsbefugnisse der BWB nach dem WettbG (zB § 11 Abs 2 WettbG) wäre zu begrüßen. Dieser Mangel könnte nach Auffassung des ÖRAK entweder durch eine entsprechende Ergänzung des Aufgabenkatalogs der BWB in § 2 Abs 1 WettbG oder durch einen Hinweis auf die (subsidiäre) Anwendung des WettbG auf das Verfahren vor der Ermittlungsbehörde im Nahversorgungsgesetz selbst (zB in § 5g oder in § 7 Abs 2b) behoben werden.

Zu § 6

Dem (nicht näher betitelten) § 6 Nahversorgungsgesetz sollen mit der Novelle die Absätze 2-4 hinzugefügt werden. Mit § 6 Abs 2 wird ein Straftatbestand mit einer Bußgeldandrohung von bis zu 500.000,-- Euro eingeführt, wobei das Kartellgericht auf Antrag der BWB zuständig ist. Kritisch zu bewerten ist in diesem Zusammenhang, dass von einer Verjährungsregelung Abstand genommen wird. Somit wird letztlich ein unsicherer Schwebezustand für die Zukunft geschaffen. Aus Sicht des ÖRAK wäre aus Gründen der Rechtssicherheit eine Verjährungsregelung, wie sie etwa in § 33 KartG vorgesehen ist (Antragstellung binnen fünf Jahren ab Beendigung der Rechtsverletzung bei sonstiger Verjährung), zu begrüßen.

Zu § 7

Nach § 7 Abs 4 hat das Kartellgericht auf Antrag einer Partei, soweit die Voraussetzungen für die Abstellung einer Zuwiderhandlung bescheinigt sind, die erforderlichen Aufträge mit einstweiliger Verfügung zu erteilen. Die mit der Umsetzung des Art 6 Abs 1 lit e RL (EU) 2019/633 einhergehende Einführung der Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung in § 7 Abs 4 ist aus Sicht des ÖRAK zu begrüßen.

Zu Anhang I

Die Umsetzung der in Artikel 1 Abs 1 und Artikel 3 Abs 1 lit a bis i der RL (EU) 2019/633 dargelegten „Mindestliste verbotener unlauterer Handelspraktiken“ in Form von Anhang I und Anhang II erscheint in Hinblick auf den bereits seit der UWG-Nov 2013 bestehenden Anhang zum UWG systematisch konsequent und praxisorientiert.

Nach den Erwägungen (1) zur RL (EU) 2019/633 handelt es sich dabei um die Einführung eines „unionsweiten Mindeststandards“, den der Gesetzgeber hier umgesetzt hat. Erst bei näherer Betrachtung ergibt sich, dass die Z 10 und Z11 des Anhanges I Regelungen enthalten, die über die von der RL (EU) 2019/633 als verboten vorgegebene Handelspraktiken hinausgehen. Während in den Erläuterungen zu Anhang I Z 10, der sich auf die Einräumung schlechterer Konditionen unter Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung bezieht, Hinweise auf die bestehende „Praxis bei manchen Molkereien“ gegeben werden, erschöpfen sich die Hinweise zur Z 10 in der Wiederholung des Gesetzestextes. In Hinblick auf etwaige zukünftige Interpretationsfragen der Z 11, die sich auf die Einschränkung oder das Unmöglichmachen von Direktvermarktung und anderen Vermarktungsformen bezieht, wäre eine kurze Angabe darüber, aus welchen Erwägungen hier ein zusätzlicher Verbotstatbestand normiert wurde, wünschenswert.

Zudem erscheint der Marktbeherrschungsstandard unklar, den Anhang I Z 10 voraussetzt. Während im Kartellrecht die Marktbeherrschungskonzepte der absoluten und relativen Marktmacht ausdrücklich geregelt und näher umschrieben sind (§§ 4 und 4a KartG), bleibt das NVG bzw Anhang I Z 10 eine entsprechende Klarstellung schuldig. Entsprechend den Erläuterungen zu § 5a (145/ME 27. GP 2) war Ausgangspunkt der RL (EU) 2019/633 zwar das Konzept der relativen Marktmacht,

allerdings geht der österreichische Gesetzgeber gerade mit Anhang I Z 10 – wie bereits ausgeführt – über die zwingenden Vorgaben der RL (EU) 2019/633 hinaus.

Nach Auffassung des ÖRAK wäre eine klarstellende Umschreibung des maßgeblichen Marktbeherrschungsmaßstabs wünschenswert, gerade auch aufgrund der Unklarheiten, die im Anwendungsbereich des NVG aufgrund der Rechtsprechung zum maßgeblichen Gefährdungsmaßstab bzw dem Bestehen einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle von Marktmacht (zB OGH 16 Ok 3/08, „Sägerundholz“ und OGH 16 Ok 1/18k, „Ticketpreise“) bereits bestehen (siehe für einen kompakten Überblick *Schuhmacher*, wbl 2019, 376 (381 ff)).

Das NVG dient schon bisher dem Ausgleich von Ungleichgewichtslagen innerhalb von Lieferketten und dem Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen (ausdrücklich etwa ErläutRV 1522 BlgNR 25. GP 19 ff). Insofern enthält das NVG eine grundsätzlich niedrigere Aufgriffsschwelle bestehender (wirtschaftlicher) Ungleichheiten. Bisher wurde in der Rsp zum NVG gerade der Versuch unternommen, den Ergänzungscharakter des NVG (zum Kartellrecht) durch den Verzicht auf die Marktbeherrschung als Anwendungsvoraussetzung zu begründen (zB OGH 16 Ok 3/08, „Sägerundholz“). Von einer näheren Präzisierung, welcher Gefährdungsmaßstab anzulegen ist, dh welche Erheblichkeitsschwelle von Marktmacht im NVG vorausgesetzt wird, wurde allerdings Abstand genommen.

Nach Auffassung des ÖRAK wäre korrespondierend zur Einführung der Marktbeherrschungsterminologie in Anhang I Z 10 eine Klarstellung wünschenswert und zwar einerseits, welcher Marktbeherrschungsmaßstab im Kontext von Anhang I Z 10 Anwendung findet sowie andererseits, welcher Gefährdungsmaßstab im NVG im Allgemeinen anzulegen ist.

Auch Anhang I Z 11 weist mit seinem Verbot der Beschränkung des Volumens anderer Vermarktungsformen des Lieferanten kartellrechtliche Prägung auf. Insbesondere stellt sich hier die Frage nach dem Verhältnis zur Kernbeschränkung des § 1 Abs 2 Z 2 KartG (Verbot der Einschränkung oder Kontrolle des Absatzes). Auch hier wäre eine entsprechende Klarstellung aus Sicht des ÖRAK zu begrüßen, wie sich Anhang I Z 11 in das bestehende kartellrechtliche Konzept einfügt.

Die Z 12, welche die Anwendbarkeit der beiden zusätzlichen Bestimmungen auf Käufer in Österreich einschränkt, ist in Hinblick darauf, dass hier der Gesetzgeber seinen Spielraum zur Umsetzung strengerer bzw weiterer Maßnahmen genützt hat, erklärlich.

Zu § 5c Verbot von unlauteren Handelspraktiken

Die in Abs 5 vorgenommene Klarstellung der absoluten Nichtigkeit von Vertragsklausen, die unter Anhang I oder Anhang II fallen, ist zu begrüßen, ebenso wie die Klarstellung, dass die übrigen vertraglichen Bestimmungen davon unberührt bleiben.

Wien, am 21. Oktober 2021

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

